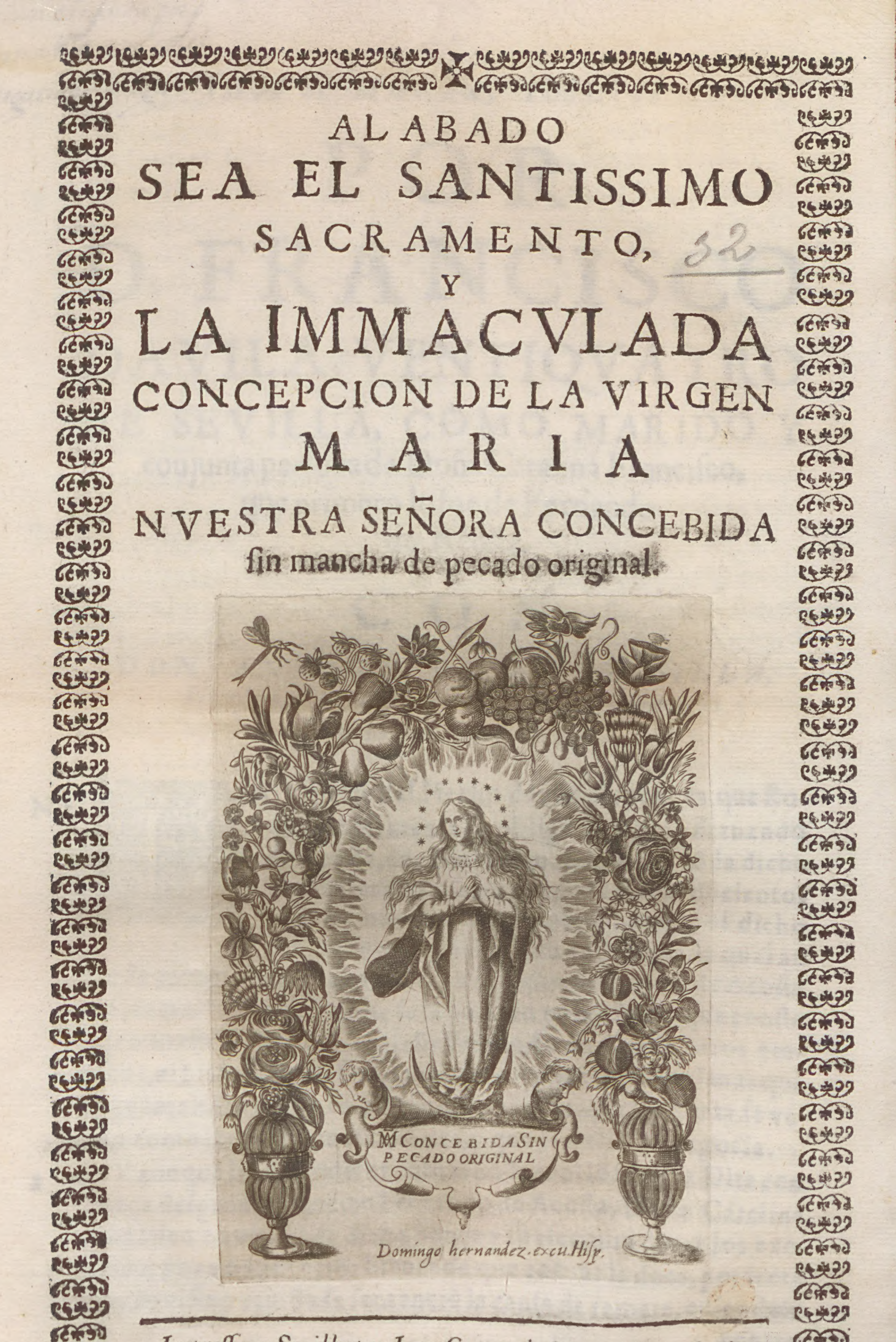
ALABADO

# SEA EL SANTISSIMO SACRAMENTO,

Y

# LA IMMACVLADA CONCEPCION DE LA VIRGEN MARIA

NVESTRA SEÑORA CONCEBIDA sin mancha de pecado original.




*Impressa en Seuilla, por Iuan Gomez de Blas. Año de 1646.*

La Allegacion e informe por el S.r de Hermosilla esta en el tom. 4 Allegationy alleg. 15 22.

IESVS, MARIA, IOSEPH.

# POR D. FRANCISCO DAVILA, VENTIQVATRO DE SEVILLA, COMO MARIDO Y conjunta persona de Doña Catalina Francisco, que primero lo fue de Fernando de Acosta.

# CON

*DON ANDRES DE HERMOSILLA, Heredero del General Iuan de Hermosilla, Cessionario del dicho Fernando de Acosta.*

N.1. LA Especie del Hecho de este pleyto, es que Roque de Mimensa se obligò a pagar a Fernando de Acosta, constante el matrimonio cõ la dicha Doña Catalina, setenta y siete mil y docientos y diez y nueue reales en plata, de que el dicho Mimensa otorgò escritura en su fauor, la qual antes de cumplido el plazo, la cedio el dicho Fernando de Acosta al General Hermosilla, que se la pagò en contado, sin que conste que con este dinero prosiguiesse Fernando de Acosta otros empleos, ni hiziesse otras Ditas (como se quiere suponer) mas que la generalidad que se ha pretendido probar, que las Ditas se vẽden como las demas mercaderias, y que con ellas se negocia.

2 Y aunque los Herederos cobraron la cantidad de la Dita con fiança despues de muerto Fernando de Acosta, Doña Catalina Francisco en virtud de dicha fiança y su escritura dotal los executò; y por no auer otros bienes de que cobrar la dote, por sentẽcias de vista y reuista se sentenciô la causa de remate, auiendose

contro

controuertido lo mismo que aora se trata, y hecho los Herederos su probança.

3 Y assi la pretension de Doña Catalina Francisco, es que ha de ser dada por libre de la demanda que Don Andres de Hermosilla, vno de los dichos Herederos, le ha puesto, en que pide que se declare no auerse comprehendido la dicha Dita en la hypotheca general de la Dote; porque dize que las escrituras y Ditas donde quiera, y mas en esta Ciudad, se tienen por mercaderias, y que como tales se compran y venden, y que assi el dicho Don Francisco ha de ser condenado a restituir lo que ha cobrado de bienes del dicho General por quenta de lo que assi se cobrò de la dicha cession, que es lo que contiene: y concluye la demanda que està a fol. 225. que en efeto es vna reuocatoria cōtra el acreedor anterior.

4 Y porque la sentencia ha de corresponder a ella, y solo se funda en que la Dita no se comprehendio en la hypotheca de la dote, y sin embargo desto los dichos Herederos reduzen su alegacion a dos Articulos. El primero, q̄, o nūca tuuo la Dote hypoteca en la dicha Dita; y el segūdo, q̄ si la tuuo, se extinguio cō la cession y venta que della hizo el dicho Fernādo de Acosta al dicho General Hermosilla, sin que se pueda considerar extante, aūque el comprador no la huuiesse cobrado quando llegò el caso de la repeticion de la dote, por estar ya enagenada.

5 Para la defensa de la dicha Doña Catalina Francisco, y exclusion de la pretension de los dichos Herederos, y que sea dada por libre de la dicha demanda, se fundaràn tres Articulos con la breuedad a que la precision del tiempo solo dà lugar (demas del que resulta de la cosa juzgada) de que resultarà la satisfacion de los fundamentos de la alegacion en Derecho de los dichos Herederos.

6 El primero, que en la hypotheca general de la Dote de la dicha Doña Catalina, a que quedaron afectos todos los bienes del dicho Fernando de Acosta, se comprehendio esta Dita, taliter, q̄ en el mismo instante que se contraxo, se le adquirieron a la dicha Doña Catalina las acciones vtiles para su cobrança, quedādo las directas ineficaces, y que assi en ella ha de ser preferida al dicho General, a quien despues se hizo la cession.

7 El segundo, que las Ditas sin embargo de la probança que se ha pretendido hazer, por Derecho, y por su propria calidad y natura-

turale;

turaleza, no se pueden considerar como mercaderia, ni comprehenderse en la disposicion de la ley .1. §. 1. de tribut. actione.

8 El tercero, que aunque las Ditas se consideràran como mercaderia comerciable y vendible, por la vẽta y enagenacion dellas no se extinguio ni pudo extinguir la hypotheca à que estauã afectas no auiendose cobrado, y estando extantes; y que en estos terminos no procede la disposicion de la ley cùm tabernam .30. de pignor. Conque el acreedor anterior ni debe boluer lo que huuiere cobrado, ni se le debe impedir que prosiga la cobrança.

## Ad Primum Articulum.

9 SVpuesto que en la escritura de la Dote ay la hypotheca general de todos los bienes del dicho Fernando de Acosta, auidos y por auer, a fauor de la dicha Doña Catalina Francisco, es cierto en Derecho, y sin controuersia alguna, quod in ea comprehẽduntur nomina debitorũ .l. nomen, Cod. quæ res pign. obligar. poss. ibi; *Nomen quoque debitoris pignorari, & generaliter, & specialiter posse iam pridem placuit.* l. postquam .7. Cod. de hæredit. vel actione vendit. l. si conuenerit. ff. de pignorib. vbi DD. Pinel. in Rubric. de bonis maternis. p. 1. n. 8. Scacia de commercijs. §. 2. glos. 5. num. 417. versic. Primo præmitto. Surdus cons. 4. num. 19. vol. 1. & cons. 436. vol. 3. Faber in suo Cod. ad tit. si pignus pignor. datum sit, diffinitione. 1. Noguerol allegatione. 35. num. 3.

10 Quod procedit aun quando no huuiera la escritura de Dote, y fuera solo la hypotheca tacita legal, conforme a la qual desde el dia que recibio la Dote Fernando de Acosta, venian tambien a quedar todos sus bienes hypothecados a la satisfacion della, y consequentemente las Ditas. Gratian. discept. forens. cap. 507. lib. 3. à num. 1. adonde refiere a muchos, y el vltimo es Chartario en la decision. 19. num. 5. (que a lo principal della se respõderà en su lugar) y afirma quod secundùm veriorem opinionem in generali obligatione bonorum veniunt nomina debitorum, tã præsentia, quâm futura, siue adsit hypotheca tacita, siue expressa Gaitus de credito cap. 4. quæsit. 7. num. 339. Surdus dict. cons. 4. num. 22.

11 Et hoc adeò verum est, que aun en esta hypotheca de las Ditas obrò el Derecho mas eficazmente que en las hypothecas de

 los

los demas bienes, porque por ella se le adquieren a el acreedor las acciones vtiles, quedãdo en su deudor ineficazes las directas. d.l. nomen, ibi: *Vtilibus actionibus satis tibi facere vsque ad id quod tibi deberi à creditore eius probaueris compellere, quatenus tamen ipse debet.*

12 Y estas tan eficaces, q̃ en virtud dellas puede el mismo acreedor cobrar la Dita sin pedir cosa alguna a su deudor principal, ni hazer excusion en sus bienes, quod in hoc casu est peculiare, & diuersum à cæteris bonorum corporalium hypothecis, vt animaduertit Donel. in d.l. nomen, num. 1. ibi: *Restat igitur vt vtilẽ actionem hîc interpretemur actionem in personam, qualem creditor debitoris aduersus debitorem suum haberet.* Faber in dict. diffin. 1. ibi: *Nec prohibendus creditoris creditor, quominus agat statim ad solutionem, dummodo vtili actione quæ ipsi competit, etiam citra cessionem.* Gratian. d. cap. 507. num. 3. & 4. Surdus. d. cons. 4. num. 24. D. Francisc. Hieronym. de Leon decis. 133. num. 2. Noguerol. dict. alleg. 37. num. 4. ibi, *Quod est peculiare, & diuersum à cæteris bonorum corporalium hypothecis, quia earum virtute constituitur in eis quoddam ius reale, & hypothecarium ad fauorem creditorum, cuius virtute possunt hypothecariam actionem contra rem obligatam prosequi; sed in hypotheca nominum debitorum transfertur in creditorem dictum ius vtile, quod est velut cessio debitoris, cuius virtute potest creditum exigere directè, tanquam si à suo debitore specialem cessionem haberet, absque eo quod sit necessarium cum debitore litem agere.*

13 De que se sigue bien que por auerse trãsferido en el acreedor las acciones vtiles, las directas quedarõ ineficaces. l. procurator in rẽ suam. ff. de procurator. l. 3. de nouation. Bart. in d. l. nomẽ, num. 10. Noguerol. d. alleg. num. 6.

14 Supuesto lo qual no fue ageno deste pleyto el alegar a la vista del, q̃ en concurso de acreedor hypothecario anterior, y de cessionario posterior para la Dita (que por la fiança que se dio por el dicho General, es lo mismo que si estuuiera extante, ex vulgari reg. textus in. l. ex facto. 52. in fin. ff. de pecul. Franchis decis. 75 Gaitus de credito quæsito. 11. n. 1318. Noguerol dicto loco. n. 24) Doña Catalina Francisco como acreedora anterior, ha de ser siẽpre preferida, pues es en el punto de que se trata, y en que a la vista se me mandò hablar, y para que ha sido necessario fundar lo referido, y a que le assiste a la dicha Doña Catalina indubitable disposicion de Derecho, vt latè defendit Alexand. consil. 17. lib. 1. & cons. 15. lib. 6. quæ cõsilia in practica sunt recepta, vt testatur Surdus cons. 436. à num. 9. vers. Nec resistit, & num. 10. & 11.

Feli-

Felician.de censib.2.tom.lib.3.cap.5. Scacia d.§.2 glos.5.num.417.&.418.ibi: *Quia cùm tu ex illa mea generali obligatione adquisieris vtilem actionem contra A.& B.& penes me remanserit actio directa; non potui transferre illam vtilem in Sempronium, sed solùm potui cedendo illi meum creditum contra A.& B. transferre exercitium directæ actionis in eum, tanquam in simplicem procuratorem in rem propriam, quare cùm postea vos concurritis, tu qui habes actionem vtilem es præferendus, vt sequutus sũ in meo tractat. de appellat. quæst.17. limitat.6. membro 4. sub.num.85.*

15 Y Fontanella de pactis nuptial.tom.2.claus.5.glos.8.p.6.à.n.47.afirma auerse juzgado assi en la Audiencia de Cataluña: y la misma determinacion refiere el señor dõ Iuan del Castillo tom.4.cap.61.ex num.88. cuya decision por ser de la Real Audiencia desta Ciudad, bastaua para la resolucion deste punto: y demas de los que refiere Giurba decis.104. post hos nouissimè Noguerol d.allegat.35.num.8. adonde refiere la decision de don Francisco Geronymo de Leon.133.p.2. que afirma auerse determinado assi en el Senado de Valencia: y el mismo Noguerol refiere la decision del Consejo Real de Hazienda, que prefirio en las Ditas y su cobrança a el acreedor anterior.

16 Y en los terminos deste pleyto viene a ser mas apretada la decision que en el ay, porque auiendo cobrado los Herederos del dicho General Hermosilla la dicha Dita, con vna fiança depositaria que se les mandò dar, por reconocer conforme al consejo 17.de Alexandro, el derecho anterior de Doña Catalina Francisco, y la seguridad de el, por executoria respeto de lo que los dichos Herederos cobraron, està mandado le paguen a la dicha Doña Catalina Francisco, y por ello se sentenciò la causa de remate por sentencias de Vista y Reuista desta Real Audiencia, cuya cosa juzgada le obsta a los dichos herederos para exclusion de su demanda, porque concurren todas las tres identidades de la ley cum quæritur, cum.2.seqq. de exceptione rei iudicatę, Surdus cons.418.num.13.lib.3. Y aunque se le mandò a Don Francisco que respondiesse a ella, no le obsta a esto para la cosa juzgada de q̃ ha opuesto en sus excepciones, Lima in addit. ad Molinam lib.4.cap.9.ad num.40. vsque ad.43.

17 Sin que obste dezir que las dichas sentencias por ser en el juyzio executiuo, no hazen cosa juzgada para el ordinario: Porque esto se limita quando plenè cognitum fuit, sicut in præsenti, adõde en la primera instancia que huuo para mandar que los Herederos

deros cobrassen con fiança, se conocio plenamente de las excep ciones que opusieron, y aora deduzen por via de accion: y despues en el juyzio executiuo que huuo para cobrar dellos la cantidad de la Dita, huuo tambien pleno conocimiento; y la probã ça que hizieron de que aora se valen, y las hizieron en termino ordinario que se les concedio a su instancia, y se les prorrogò cũ plimiento a los ochenta dias de la ley: y assi no se puede negar q̃ huuo pleno conocimiento de causa, ac si probationes factæ fuissent in iuditio plenario. Conque las dichas sentencias vienen a obrar el mismo efecto que si en el se huuiessen pronunciado, ex latè traditis à Gratiano tom. 3. discept. forens. cap. 445. per totũ, qui multos cumulat.

18 Y no obsta lo que se nos opone de la diferencia que se dize ay entre la venta de las Ditas, y la hypotheca dellas que se refiere en el num. 5. de la informacion contraria, diziendo que la venta procede de mera razon de Derecho. l. nominis. 3. l. ex nominis. 8 Cod. de hæred. vel actione vendita integris tit. ff. & Cod. No assi la hypotheca de las Ditas, porque se sustentan de equidad pretoria, vt denotant verba dictę legis nomẽ, ibi: *Iam pridem placuit.* l. si conuenerit. 18. in princ. de pignorat. actione: & in. d. l. postquam de hæredit. vel act. vend. Porque aumque es assi que summo & antiquo iure rigoroso no se podia empeñar, ni hypothecar por el Deudor la Dita, y que el decurso y placito de quo in dĩcta. l. postquam, no fue, ni tuuo origen de la authoridad de Papiniano, ni de otros Iurisconsultos, sino ex tuitione prętoris, qui multoties ex æquitate iuris rigorem temperat. l. quod si Ephesi. ff. de eo quod certo loco. d. l. si conuenerit, ibi: *Tuenda est à prætore hæc conuentio.*

19 Y no se puede negar que fue dificultoso alcançar qual huuiesse sido la razon deste rigor, que impedia la opignoracion de las Ditas, respeto de que contrapesaua gran razõ de dudar por que se podian vender, vt in dict. l. 1. & per tot. tit. ff. & Cod. de hęreditat. vel act. vendit. ergo & oppignorari, ex regula generali que docet quidquid venditionem, donationemque recipit, etiã pignorationem recipere posse. dict. l. si conuenerit. §. fin. ibi: *Nam & alienari ea res potest.* l. sed & quod. §. 1. ff. de pignorib. ibi: *Quod emptionem, venditionemque recipit etiam pignorationem potest recipere.* La razon verdadera de decidir, que entonces huuo para que stricto iuris rigore, no se pudiesse hypothecar la Dita, era, porque vẽdria

a

dria a eſtar en manos del deudor el diſſoluer el vinculo dela obligacion cobrando de ſu deudor la deuda, porque reſpeto dela hypotheca no abdicaua de ſi entonces ninguna calidad para la cobrança della, y eſto era repugnante a la calidad dela hypotheca, conforme a la qual vna vez conſtituida tiene ſu duracion haſta que la deuda eſtè pagada. l. grege. 13. §. etiam de pignorib. y en terminos indiuiduales de prenda. l. 1. ff. qui potiores, ibi: *Nec probè dici poſſet in poteſtate eius eſſe ne pecuniam reſiduam redderet.* l. qui Balneum. ff. eodem, text. difficilis in. l. lex vectigalis. 31. ff. de pignoribus, ibi: *Si cùm in exſolutione vectigalis tam debitor, quàm creditor ceſſaſſet.*

20 De que reſulta que ocurriendo a eſte inconueniente la ley q̃ por razõ de equidad y vtilidad admitio la hypotheca de Ditas, diſpuſo que mientras no ſe cobraſſen, ſubſiſtieſſe en ellas: y para que no ſe pudieſſen cobrar, y no eſtuuieſſe en manos del deudor diſſoluer el vinculo de la hypotheca, dio a el acreedor dos remedios eficaces: El primero, que por la hypotheca conſiguieſſe y ſe le transfirieſſen las acciones vtiles de la Dita, vt dictũ eſt, & probatur ex dict. l. nomen, ibi: *Vtilibus actionibus ſatis tibi facere &c.* Y el ſegundo, que pudieſſe notificar al deudor de ſu deudor que no pagaſſe la cantidad de la Dita a ſu acreedor, cuyo remedio es conſecutiuo del primero, y vno de los tres medios con q̃ ſe aſſegura la cobrança de las ceſsiones, de quibus in. l. 3. Cod. de nouationib. Y eſte ſegundo remedio ſe comprehende tambien en la diſpoſicion de la ley nomen, ibi: *Niſi ei cui debuit ſoluit, nondum certioratè de obligatione tua factus.* Eleganter Bart. in terminis in. l. non ſolùm. §. morte, num. 35. de damno infecto, quem refert & ſequitur Rodriguez de redditib. lib. 1. q. 18. num. fin. ibi: *Niſi creditotoris nominis de ſua hypotheca debitorem redditus certiorauerim, ne ipſis non monitis redimerent oſtendendo inſtrumenta hypothecarum, quia tunc non poſſet ſoluere creditori ſuo. l. 3. Cod. de nouationib.*

21 Conque oy no viene a auer diferencia alguna entre la venta, y hypotheca de las Ditas para la ſubſiſtencia della, y ſeguridad de acreedor anterior, y de ſu prelacion, pues por lo que eſtà referido viene a ſer lo miſmo Acreedor anterior a la Dita, q̃ ſer primero Ceſsionario en ella.

22 Y que eſto ſe aya introduzido por equidad pretoria para probar con ello la diferencia que antes huuo entre la venta, y hypotheca de las Ditas, de que el Abogado de los dichos Herederos

haze tanta ponderacion en el num.5.de su informació, a mi cor to ver no obra efecto alguno para la determinacion deste pleyto, porque para la obseruancia de la ley solo se atiende a su disposicion, a que se debe estar aunque se introduzga por equidad, como si huuiera sido summo & stricto iuris rigore .l. prospexit. ff. qui & à quibus. l. placuit. Cod. de iuditijs, pues es siempre conforme a principios legales, quæ ex arte & legibus Iurisprudentium sumitur, Tiber. Decian. respons.33.n.44. ibi: *Non enim consistit æquitas in cerebro cuiuscumque, vt quod somnient æquiùs putent, sed consistit in arte, nam secundùm Vlpian. ius est ars boni & æqui, non enim sine arte configenda est æquitas, sed ex arte quæ ex legibus & Iurisprudentibus sumitur*. Que fue lo que se atendio para la disposicion dictæ legis nomen.

23 Y aunque la diferencia (que el Abogado de los dichos Herederos ingeniosamente ha querido hazer) mire a fundar tambiẽ su pretension en equidad, que en el num.6. dize consiste en que si las Ditas no se pudiessen vender libremente, seria dar ocasion a muchos pleytos, conque se emboluería toda esta Plaça; para cuya consideracion alega la decis.190. de Afflictis, ibi: *Totus mũdus esset in litibus, & mercatores non possent contrahere, & in hoc versatur æquitas sacri Concilij*. Y refiere el lugar de Fontanella para los daños q̃ se ocasionan de los pleytos, que estos no se pueden negar, y solo se entenderà de los injustos, y no deste en que Doña Catalina Francisco es Rea demandada, y defiende el derecho de su dote, en que tambien se atiende a otra equidad que mira a la causa publica; si bien la decision de Afflictis habla en la reuocatoria q̃ el acreedor anterior intenta, y es reprobada por el mesmo Vrsillis su Addicionador, y por todos Dñs D. Iuan del Castillo lib.4. controuer. cap.61. num.88.

24 Y aqui aun estamos en caso contrario, porque los Herederos son cessionarios segundos, y la deman da que intentan viene a ser vna reuocatoria de lo que ha cobrado el Acreedor anterior, y impedirle no cobre lo demas que està extante.

25 Es cierto en Derecho, que no se debe atender a esta equidad imaginada, aun quando tuuiera mucho fundamento, por ser cõtra la equidad escrita, de qua in d.l. nomen, vt probatur ex dict. l. placuit, & ex his quæ ibi tradit Iason in d.l. prospexit qui, & à quibus. l.1. vbi DD. Cod. de legibus, Tuschus litt. E. conclus.310. num.14.

Y por

26 Y por este respeto quando ay Derecho escrito, aunque mas razones de equidad se consideren cõtra el, no se debe apartar de su disposicion, sino juzgar conforme a ella: nam arbitrium non est quod lege clarè est decisum, Bart. in l. ambitiosa num. 11. ff. de decretis ab ordine faciendis, Corras. lib. 4. miscellan. cap. 4. num. 6. vbi arbitrium significatissimè dici quod lege non est dif finitum.

27 Y assi la dicha equidad que se pretende considerar contra la disposicion de la ley nomen, quç communiter ab interpretibus cerebrina appellatur, nõ dicitur æquitas, sed iniquitas, quia est contra legem, & ideò non attendenda, Iason in. d. l. placuit, vbi Paul. Castrens. num. 3. ibi: *Si verô non esset æquitas scripta, licèt rigor scriptus & videretur non æquus, non esset seruanda, hoc ad nos non pertinet, sed seruare debemus, quoniam ad solum Principem pertinet istam æquitatẽ discernere; & hoc habetur in l. 1. supra de legibus. Nec debemus de capite no stro, propter æquitatem quam esse putamus à iure scripto recedere, quia sic omnes leges possent aboleri propter præsumptuosos, & temerarios asserentes contrarium, & non tenentium iura scripta, propter æquitatem capitis eorum dicentium non curamus de vestris legibus, sed de æquitate, &c.* Tuschus dict. litt. E. conclus. 312. num. 17. ibi: *Extende quia æquitas cerebrina ex suo capite non dicitur æquitas, sed iniquitas quando est contra leges; ideô non attendenda.*

28 Y en nuestros terminos, aunque la equidad que se nos opone se fundàra en reglas generales de Derecho, no podia derogar la equidad escrita, de qua in. d. l. nomen, por ser in specie, y necessario para ello otra ley posterior, vt in terminis cum Bart. Dominico, Ioann. Andræa, Ludoui. Romano tradit Iason in. d. l. placuit num. 3. ibi: *Secundô limita quando æquitas esset scripta in genere, vt est neminem debere locupletari cum alterius iactura; rigor verô sit scriptus in specie.* Conque queda satisfecha a lo generico dela decision de Afflictis, aun quando fuera cierta: y que la diferencia que huuo entre el rigor escrito, y la equidad para la disposicion. d. l. nomẽ, en ningun caso nos puede obstar, aunque ha dado ocasion a esta disputa, y dilatar la respuesta mas de lo que pedia el tiempo.

## Ad Secundum Articulum.

29 QVe las Ditas conforme a Derecho y a la naturaleza de ellas, no son, ni puedan llamarse mercaderias, ni compre-

hen-

henderse debaxo deste nombre, es cierto en Derecho: nam Venalia sunt illa quæ sunt exposita ad vendendũ, vt tradit Paul. Castrens. consl. 40. lib. 1. num. 4. ibi: *De tertio vocabulo, scilicet venaliũ, habetur in l. fin. § item Episcopi. ff. de muner. & honor. sunt enim illa, quæ populis quotidianum victum v ui iungunt; vnde vt largiùs loquar, puto illa dici propriè venalia, quæ in communi foro, vt plurimum tenentur ad vendendum vt sunt fructus necessarij ad vsum, in quibus non est aliquid artificij admixtum, vnde & coria, linei, lana, & similia continentur, calceamẽta verò, & panni linei, quibus non est admixtum artificium, potiùs appellatione mercium puto contineri quàm venalium simplicium; licèt enim talia vendantur, & etiam panni lanei, tamen propter artificium assumunt sibi aliud speciale nomen. vnde debent differre ab illis, quibus non est admixtum artificium, quæ remanent sub generali nomine venalium. Argum. l. 1. ff. de suppellect. legata.*

30 Y menos se pueden considerar como mercantia, porque solo se llaman mercaderias las cosas que los mercaderes compran y venden por ganar en ellas, Euia Bolaños in suo commercio terrestri, 1. part. cap. 6. num. 1. Y en las Ditas no puede auer mercancia, ni ganancia, ni dezirse que en este genero puede auer trato y negociacion; porque aunque es asi que se ceden y venden, como potentialiter se puede vender todo lo que es permitido in commercio hominum, y las casas, juros, y heredades, y otros bienes, en la venta de las Ditas no ay ni puede auer ganancia, si no antes perdida, porque en si no puede recebir aumento el quanto dellas, sino conocida diminucion, por la cantidad que dà menos el comprador respeto de la dilacion de el tiempo, y del riesgo que corre en su cobrança; y asi no se le puede dar nõbre de mercaderia y negociacion, que solo se haze para aumẽto del caudal l. semper, § id est, in vers. Negotiatio, ff. de iure immunitatis, que es expresso para nuestro caso, cap. eijciẽs. 11. 88. distinctione. Y asi Bart. in l. legatis. 63. num. 5. ff. de legat. 3. respondio, que para dezirse q̃ no era vna cosa mercancia, bastaua quod quæstuarium actum non contineret, nec reiterationem continuatam, que es lo que aqui asimismo falta, ibi: *Contrarium dico, quia non est actus quæstuarius, item quia iste contractus non recipit reiterationem continuatam, quæ requiritur, vt dicatur quis mercator,* vt in l. 1. in princ. de tributoria actione, que es en la que se funda la alegaciõ del Abogado contrario en el num. 7. della.

31 Y siguiendo a Bart. lo afirma asi Estracha de mercatura, p. 1. n. 78.

num.78. ibi: *Non tamen quæstuarium actum esse, neque actuum frequentiam, seu assiduitatem recipere, quæ in huiusmodi requiritur*; vt in l.1.§.1. de tribut. Lucas de Pena in Rubr. Cod. negotiat. ne militent in princ. Scacia de commercijs.§.1.q.1.à num.11. adonde cō otros afirma, quòd negotiatio, seu mercantia solùm dicitur illa, quam negotiator, vel mercator facit tantùm lucri gratia, quod expressè probatur.

32 Y en las Ditas ni se ha alegado, ni prueba, ni por su naturaleza pudiera probarse que Fernando de Acosta tuuiesse trato y negociacion, ni ganancia en la cantidad que cedio, ni que huuiesse frequencia y reiteracion de semejante cosa paraque fuesse negociacion, ni su naturaleza lo admite: De que es cierto que no se puede llamar mercaderia, ni negociacion. Parianus cons.108. num.33.

33 Et ex dispositione iuris sic extat decissum in .l. mercis appellatio.66.de verb.signific.& ex ijs quæ tradit ibi Rebuff. in princ. in hæc verba: *Vbi in iure, vel alia dispositione fit mentio de mercibus, debet intelligi de rebus mobilibus, in quibus consistunt merces; non enim dicimus merces fundorum, aut pratorum.* Porque las demas cosas que consisten en bienes rayzes y derechos incorporales, non dicuntur merces, vt ipse Rebuff. animaduertit in.d.l.& in.l. mercis appellatione.207.eodem tit. in princip. y mas quando ex sua natura no son aptas para negociacion questuaria. Alciatus in .d.l. mercis appellatione .n.5.

34 Y aunque demos caso que las escrituras en la Plaça de Seuilla, como en todas las demas del mundo en que ay mercancia, sea medio y socorro para ella, no por esto se puede dezir q̄ son mercaderias; pues siendo assi que lo mas principal para la mercancia, y sin la qual no se puede hazer, es el dinero, non continetur appellatione mercium: nam aliud est pecunia, aliud merx. l.1.in princ. de rerum permutatione. l.si Chorus.§.1.de leg.3.Rebuff.in.d.l.mercis appellatio.66.vers.Postremò notandū est mercis appellatione non contineri pecuniā, in qua semper subsistit hypotheca.l.cùm tabernam.§.creditor de pignor. Y esto puede ser tambien porque el dinero en si no recibe aumento ni diminucion, respeto de ser su valor cierto y fixo: conq̄ aun corre mayor razō para la Dita y su venta y cession, en que no puede auer ganancia, sino perdida; pues comprarla aun por lo que vale, es perder de conocido lo que monta la dilacion de el tiempo, y el

riesgo de la cobrança: dar mas por ella no es cosa que se puede presumir, pues le resiste la disposicion de la ley cùm de indebito, de probationib.

35 Y assi por mas que los testigos del dicho General quierã dezir, no podran hazer probança contra Don Francisco, para que se tengan por mercaderias las Ditas, pues les resiste la disposiciõ de Derecho, y la euidencia que del mismo Hecho resulta, y queda assentado de q̃ las Ditas no son, ni pueden ser, por su naturaleza mercancia, que esto basta para que resulte probança en fauor de Don Francisco, y sea superior a la que los Herederos han pretendido hazer: Nam probatio quæ fit per euidentiam, & ex facto resultat omnibus probationibus prefertur, & nulla est maior in iure, cap. euidentia de accusation. l. si irruptione. ∮. ad officiũ, ff. fin. regundor. Glos. in l. testium, Cod. de testib. pulchrè Bald. in Rub. C. de probationib. n. 4. vbi dicit nullam legis virtutem excludere probationem, quæ fit per rei euidentiam. Argum. textus. l. inde Neratius. §. fin. ff. ad. l. Aquil. quem sequitur Alexãd. in cons. 119. lib. 1. Plotus de in litem iurand. §. 49. n. 23. Magonius decis. Florent. 55. in fin. Caualcan. decis. 44. n. 68.

36 Y aunque Don Francisco no hizo probança en contrario de la que los Herederos hizieron, esta que resulta de la euidencia del mismo Hecho, se debe preferir a ella, vt tradit Bald. in d. n. 4. ibi: *Sed certum est quòd probatio per rei euidentiam est optima, & superlatiua probationum, quia illi sunt veri sermones qui concordant rebus sensatis.* Et in terminis plures congerit more solito Tiraq. de retract. linagier. §. 4. glos. 1. n. 37. & post eum Camino Borrel. in summa decis. tom. 2. tit. de probationib. n. 40. adonde refiere a muchos.

37 Ex dictis patet responsum ad. d. l. 1. §. 1. de tribut. actione, porque falta el supuesto de la disposicion de este texto, considerado lo que Bart. y Estracha respondierõ a el en los lugares referidos, y que el vender las Ditas no es negociacion, ni mercancia, nec potest dici quod nomen debitoris sit merx venalis: y el texto in dict. §. cùm autem, y. d. l. pediculis, y la. l. seruos in. d. ∮. penult. solo prueban quod illud quod emitur negotiandi causa, & illicò vendendi dicitur venale. Y esta doctrina no la negamos, solo afirmamos que no estamos en su disposicion, como es assi. Y en estos terminos hablan Ripol. y Santerna, y Scacia en los lugares que se citan; y Lesio de iustitia & iure lib. 2. cap. 21. num. 1. hablò generalmente sin que su autoridad baste, porque no alega ley, ni

ni doctrina alguna en q̃ puede fundar lo que refiere, y es contra la disposicion dictarum legum mercis appellatio.66.de verbor. signific.& mercis appellatione eod. tit. y de toda la disposicion del Derecho, porque sus palabras son estas: *Merx vocatur quæuis res vendibilis, tales sunt res omnes mobiles, & immobiles actiones, & iura quæ pecunia æstimari, & comparari solent; item omnia bona præsentia, & futura simul sumpta, hæc enim vno actu vendi possunt.* Que esto muestra bien que no quiso dezir que todo fuesse mercaderia, sino que todo se podia vender, como se colige del principio del num.1. en que pone la difinicion dela venta, quod sit pactio pretij pro merce: y esto para no dezir que hombre tan grande faltò en esta proposicion a lo que se debia a sus letras.

38 Y assentado, como a mi corto ver lo queda, que las Ditas no son mercaderia, que es el vnico fundamento de los dichos Herederos, no parece que auia que passar al tercero Articulo, que a mayor abundamiento se disputara, pues no se puede negar que en lo que no es mercaderia vendible subsiste la hypotheca, y q̃ no se libra della por la enagenacion.

## Ad Tertium Articulum.

39 AVnque las Ditas se consideren como mercaderia, & tanquã res venalis, adhuc es cierto, y cõforme a Derecho, y a la mas comun y recebida opinion, quod comprehenduntur in generali obligatione, de que no se libran por la venta y cesion dellas. l.omnes.ff.de vsufruct.l. obligatione generali.6. ff.de pignorib. quam ad hoc inducit Bald.in.d.l.cùm tabernam.in princip. Couarr.lib.2.var.cap.5.n.3.in.3.concl. Pinel.in.d.Rubr.de bonis matern.1.p.n.45.vers. Inde etiam resultat. Mantica.d.lib.11 tit.4.num.36. Gaitus de credito cap. 4.quęsito.5. à num.117.& & num.175.

40 Porque aunque por la ley generali.§.vxori. ff. de vsufruct.legat.y la ley pediculis.34 §.itẽ cùm quæreretur de auro, & argento legato, y la ley seruos.71.in fine, ibi: *Nam quos quis ideo comparauit, &c.* se pruebe q̃ legatum generale non comprehẽdit venalia que son los tres textos que han dado mas ocasion a la disputa de este articulo. Y porque algunos (aunque mal) tuuieron quod in obligatione generali non veniebant venalia: y otros dixerõ que esto solo se entendia in generali legato, non autem in obligatione

gatione generali, vt animaduertit Gait. qui plures refert cap. 4. quæst. 5.

40 Bien entendidos estos textos en los terminos en que hablan no nos pueden obstar, sino antes por su mismo argumento probar el intento de Don Francisco, porq̃ el. §. vxori loquitur quando legatum restrictum est ad locum aliquem, ideo ratione loci legatum recipit restrictionem, & meritò non comprehendit venalia, vt docet Bart. in d. §. vxori, quia merces venales certo loco nullatenus esse videntur ad text. in. l. venditor de pignorib. l. ex facto de hæredib. instituend. & ita cum Mantica, Couarr. & alijs eum intelligit, & interpretatur Gaitus dict. loco à num. 140. para lo qual alega a Bald. in. d. l. cùm tabernam, in princip. in hæc verba: *Sequitur Bald. sibi contrarius in. d. l. cùm tabernam in princip.*

41 Y en el. §. item cùm quæreretur, & d. l. seruos loquuntur in legato quod non fuit generale, sed restrictum ad certam bonorũ speciem, y en sus casos particulares, vt post alias interpretationes sic eos intelligit Pinel. in dict. Rubr. p. i. num. 40. vers. Nec satisfacit, quam vt veriorem sequitur Gaitus dict. cap. 4. quęst. 5. num. 149.

42 Inter quę legata non modica est differentia, quia quando est generale sine restrictione ad locum, vel ad speciem comprehendit venalia; & quando est restrictum ad locum, vel speciem certam, non dilatatur, vt cum Pinel. Negusantio & Mantica defendit Gaitus dict. num. 149. in fine cum sequenti.

43 Y aunque estos textos no procedieran en los casos particulares que quedan referidos, no nos obstaran, quia in legatis nõ est facienda tam lata interpretatio vt in contractibus. l. si ita scriptum, in fine de legat. 2. l. nũmis de legatis. 3. sicut in generali hypotheca ad fauorem creditoris, adonde se trata de la mayor seguridad para su paga, en que tiene menos perjuizio su deudor, & ideo benigna debet fieri interpretatio ad text. in. l. vltima. C. quę res pignor. oblig. poss. Mantica. d. loco. num. 37.

44 Y assi no obsta dezir que supuesto que la Dita es mercaderia, quanto quier que se comprehenda en la obligacion general de la restitucion de la Dote, se librò della luego que la comprò el General Hermosilla: Porque todas las mercaderias de que el mercader compone su negociacion, constituyen vn cuerpo vniuersal, y assi constituidas estan hypothecadas, pero que esta hypotheca se resuelue vendiendolas, porque del precio se buelue

a sur-

a surtir, y deste modo se conserua la negociacion y mercancia, para que se alega por principal fundamento el text. in d. l. cum tabernam, y se dize que esta es la inteligécia adequada ael, y en su comprobacion se refiere el lugar de Baldo, y los demas, de que en la dicha alegacion a num. 8. se haze mencion, que todo se funda in dispositione d. l. cum tabernam.

45 Lo primero, porque bien entendida la disposicion de la dicha ley cum tabernam, y su razon verdadera de decidir, iuxta ea quæ post multorum interpretationes tradit Pinel. d. Rub. 1. part. num. 46. versi. Circa quam legem cum tabernam, tã lexos està de que nos obste que antes se puede induzir en fauor de dõ Francisco, por argumento ab speciali nam vt animaduertit Pinel. & ex ipsamet lege probatur in specie eius non fuerunt obligatæ merces specialiter, vel expressè sed taberna tantum, ideo que dubitatio erat apud Iuriscõsultos, an merces obligarentur, quia taberna nõ erat debitoris vt denotant verba text. ibi: *Vtrũ eo facto nihil egerit*, vbi Accurt. in verbo nihil, ibi: *Quod videbatur quod erat in publico, vel conducta erat à publico*. Vel vt ait Pinel. quod verba intelligantur non solum quia taberna non esset debitoris, sed quia verosimiliter parui valoris esset demptis mercibus, ideoque dici posset nihil agi si merces non obligarentur, licèt taberna debitoris esset ad text. in prin. inst. ad. l. falcidiam, ibi: *Pro nullo vel minimo*, cum vulgaribus.

46 Y para resguardar el derecho del acreedor, en que se considerô menos perjuizio del deudor, como en la ley fin. quæ res pignor. obligar. poss. que por este respeto en la obligacion general de todo los bienes extendio la hypotheca a los bienes futuros, aunque no se expressasse en ella, aqui en esta particular dela tienda la extendio tambien Sceuola a las mercaderias della, y decidio que quedassen obligadas las que tempore mortis debitoris inuenirentur, vt considerat Bart. in d. l. cum tabernã, ibi: *Ratio differentiæ est, quia licèt in pignore fiat largior interpretatio, tamen per hoc ius debitoris non fit deterius, non enim ad plus tenetur, item ius creditoris fiet melius, quia subuenitur ei ex cautione, quia est sibi de debito cautius*. Y por esta causa in obligatione speciali tabernæ, non facta mentione mercium veniunt merces ad fauorem creditoris ad maiorem eius cautionem vt ex doctrina Bartul. apertè probatur.

47 Y la facultad que le quedò reseruada en la especie deste texto

 al deu-

al deudor, para que libremente pudiesse vender las mercaderias dela tienda, y con su venta quedassen libres dela hypoteca, no fue por razon de ser venales, porque esto no se tratò, ni disputò en el, sino en fuerza de induzir la misma ley la obligacion de las mercaderias de la tienda, y esto verbo collectiuo, y a donde sub vno plures res continentur vniuersaliter vt est taberna, sicut grex pecudum, & similia: quia quamuis mutentur, tamen eadem videtur esse taberna, idem videtur esse grex, leg. grege de pignorib. l. cum Pater. §. mensæ de legat. 2. l. peculiũ in prin. eod. Y en este sentido se dize.

48 Y esto se prueba in hypotheca gregis, que aunque no sea venal in omnibus & per omnia, cõsistit in vniuersitate, aya pocas o muchas cabeças, y aunque faltẽ todas y le substituyã otras, vt in. l. grege, cũ seq. de legat. 1. l. proponebatur de iuditijs, Bartul. in. d. l. cum tabernam, ibi: *Tu dic quod hæc appellatio tabernæ prout refertur ad merces est nomen vniuersitatis, sicut grex pecudum, & similium, & ideô licèt merces mutentur, tamen eadem videtur esse taberna.*

49 Y como por esta razon in dictis iuribus, aunque ea quæ nomine collectiuo obligantur, possunt liberè vendi, separada la consideracion de que sea, o no venal, in. dict. l. cûm tabernam, adonde se introduxo la hypotheca ad maiorem fauorem creditoris, porque fue sub nomine collectiuo y de vniuersidad de cosas, se dispuso tambien vt liberè vendi possent, non quia venalia essent, sed ratione hypothecæ particularis sub nomine collectiuo, & vniuersitatis: & quia alia in eorum locum debebant subrogari, sicut in grege pecudum, quedando siempre extante è illesa la disposicion del Derecho, quod in obligatione generali bonorum, venalia comprehendantur, & non possent liberè vendi, quod etiam probatur ab argumento ab speciali, como en terminos de mercaderes lo defiende Menochio cons. 9. n. 10. lib. 1.

50 Lo segundo, porque se puede considerar que como en la specie dict. l. cùm tabernam, la ley introduxo la hypotheca ad fauorem creditoris, & maiorem eius securitatem, sin auer obligacion especial ni general de las mercaderias, quiso que esto fuesse con la equidad de que el deudor liberè posset vendere merces, quæ in taberna erant, socorriẽdo en ello a la seguridad del acreedor, con suposicion cierta de que auia de subrogar otras en su lugar, y que estas obligatæ remanerent; porque de otra suerte no pudiera venderlas libremente si faltàra la razon de la subrogacion

cion, vt ex ipsa lege apertè probatur, ibi: *Si eas merces per tempora distraxerit, & alias compararet, easque in eam tabernam intulerit, &c.* Que aunque son dos actos distintos por la diccion, *Et*, que es copulatiua, se requiere que interuengan ambos, aunque succesiuamẽte: y asi la entendio Bald. en la ley vbi adhuc. Cod. de iure dotiũ num. 38. in fine, ibi: *Tunc ergo formo quæstionem, numquid in illo momento temporis, quo istæ res sunt apud mercatorem sint obligatæ? Certũ est quod sic: Quomodo ergo eximuntur ab obligatione? quia aliæ res de nouo adquisitæ loco illarum rerum subrogantur.* Cosa que no es posible q̃ proceda en las Ditas, porque ni tienen trato succesiuo, ni subrogacion de vnas en otras.

51 Y que la obligacion de las mercaderias, de qua in. d. l. cùm tabernam, sea solo por la especialidad del caso della, en que el Iurisconsulto extendio la hypotheca especial a las mercaderias en que no la huuo conuencional, se prueba bien de la ley qui tabernas. 32. de contrah. emptione, vbi qui vendidit tabernas, vel cætera quæ in solo publico sunt, hæc venditio strictè, & solũ pro loco intelligitur, non enim ad res refertur. Y asi la relacion a las mercaderias en la hypotheca especial de la tienda, de qua in dicta. l. cùm tabernam, paraque quedassen obligadas solùm fuit facta ex dispositione iuris, vt creditor cautiùs esset, vt in terminis docet Bart. in. d. l. cùm tabernam, ibi: *Si verò aliquid ius habebat in loco, & tunc si vendat, vel alienet, intelligitur strictè pro loco. l. qui tabernas de contrahend. emptione, aut pignorat, & tunc intelligitur etiam de ipsa mercantia, quæ ibi erat.*

52 Conque se prueba bien que la disposicion. d. legis no nos pue de obstar, porque no estamos en la especialidad de su caso, sino en muy distinto y diferente, respeto de que la hypotheca que la dicha Doña Catalina tiene, no es sub nomine collectiuo, neque restricta ad certum locum, neque ad certam bonorum speciem; sino general expressa de todos los bienes auidos y por auer de el dicho su marido, in qua comprehenduntur omnia bona debitoris quomodocumque sint, siue sint venalia, vel nõ, como demas de lo dicho se prueba tambien ex. §. fin. d. l. cùm tabernam, in cuius specie in generali obligatione venit, etiam pecunia quocũque modo quæsita: ergo similiter quæ sunt venalia debent contineri.

53 Nam quod dicitur de rebus venalibus, de pecunia etiam intelligitur, quia semper est parata alienationi. l. vxorem. §. legauerat

uerat in fin. de leg. 3. Alexander in l. si constante, in princi. num. 27. vers. Confirmo. ff. solut. matr. Y es tan cierto que liberè non potest alienari, que enagenada en ella subsiste la hypotheca estando extante, como lo està la Dita sobre que es este pleyto, y consumida aun tiene la muger el derecho de la reuocatoria, como se determinò en la Real Audiencia desta Ciudad, ex latè traditis à D. Ioann. del Castillo cap. 61. num. 88.

54 Y menos obsta el lugar de Baldo in. d. l. vbi adhuc, Cod. de iure dotium en el num. 37. cum seq. Porque aunque es assi que pone la question de la muger que trata de cobrar su dote de las mercaderias de la tienda del marido, para q̃ alega la disposicion de la dicha ley cùm tabernam, dicens: *Nam res venales quæ quotidie permutantur, non videntur venire in generali obligatione bonorum, scilicet adeô quod liberè vendi & permutari nõ possunt.* Y trae para esto a Iacobo de Are. y refiere su opinion, no la sigue afirmatiuamente, nec in hoc firmat pedem, como del mismo lugar de Baldo in dicto num. ad fin. se prueba, ibi: *Et tene menti si hoc est verum.* Y la question que pone, y instancia con que concluye en este num. ibi: *Tunc ergo formo tibi quæstionem, &c.* De cuyas palabras nos hemos valido tan literalmente como el Abogado de los dichos Herederos lo refiere (en el num. para la inteligencia de la dicha ley cùm tabernam) no son para este intento, a que se nos oponen; nam vt dictum est, no estamos en la disposicion dictę legis, que es la que alega Bart. y en que funda su doctrina en la. l. si constante. 25. num. 73. que en la dicha informacion se alega en el num. 9.

55 Y aunque el señor Gregorio Lopez in. l. 5. glos. 4. verbo Todas las otras cosas, tit. 13. p. 5. refiere a Baldo, no es con la generalidad que en el num. 10. de la dicha alegacion se supone, sino antes con restriccion de que el mercader pueda solo vender libremente algunas mercaderias, no obstante la hypotheca, porque las que de nueuo compra, se subrogã en su lugar, por ser las mercaderias quoddam corpus vniuersale, vt denotant verba, ibi: *An autem in generali hypotheca veniant venalia, vide Bald. in. l. vbi adhuc. 4 & 5. col. C. de iure dotium, & in. l. cùm tabernam, ff. de pignoribus, vbi dicit in obligationem cadere, licèt aliquæ alienari exercendo mercantiam possent, non obstante obligatione, adquisitæ tamen loco earum subrogantur in obligatione, &c.*

56 Y el lugar de Negusancio de pignorib. 2. memb. 2. p. num. 23.

que

que tanto se pondera en el num. 12. que se refieren tambien las palabras que contiene en el num. 24. del que literalmente se ponen en el num. 18. de la dicha alegaciõ: Y el de Benuenuto Stracha de mercatura, tit. mandati propẽ finem. §. reliquum: Y el de Couarrub. practicar. cap. 29. n. 1. Y el de Molina de iustitia, & iure tom. 2. disput. 528. vers. Conuentionalis, que alega a Negusancio, y a el señor Gregorio Lopez, y a Couarr. in dict. locis. Y el de Gaito de credito cap. 4. quæst. 15. num. 175. Y el de Gutierrez que es lib. 5. quæst. 100. num. 10. que se alegan desde el num. 13. hasta el. 16. inclusiuè de la dicha alegacion, haziendo de cada lugar vn numero, todos contienen vna misma cosa con relacion a el lugar de Bald. in. d. l. vbi adhùc, fundãdose en el caso especial de la ley cùm tabernam que alegan, y refiriendo la misma question que Baldo pone, y por la misma razon de subrogacion, y obligacion sub nomine collectiuo, y con suposicion de que Baldo quedò firme en la dotrina que se ha querido assentar, vt est videre apud eos: y assi aunque estos lugares se han diuidido, tienẽ la misma respuesta que la que està dada al lugar de Baldo, y la q̃ resulta de la especialidad. d. l. cùm tabernam, en la qual no estamos, vt dictum est.

57 Y por esta razon no defendi solo a la Vista que en la hypotheca general se comprehendian las mercaderias (como ha querido suponer el Abogado de los Herederos en el num. 11. de la dicha alegacion) sino tambien q̃ esto era taliter quòd liberè aliena ri non poterant, y que en este caso no procedia la disposicion de la ley cùm tabernam, ni la dotrina de Baldo, y demas authores que alegò, y que la Dita no podia ser nũca mercãcia: y yo juzguè que la culpa quando leí este numero, estaua en auerme diuertido a tratar destos puntos, supuesto que todo el fundamento de la demanda de los dichos Herederos, es negar la hypotheca de la Dita, y pedir que V. S. se siruiesse de declarar que la cantidad contenida en ella, no se comprehende en la hypotheca general de la dote de la dicha Doña Catalina Francisco, por tenerse las Ditas en esta Ciudad por mercaderias, sin que la dicha demanda contenga otro punto, porque este fue solo sobre que se respõdio por Don Francisco, y se contestò la demãda (sin perjuyzio de la cosa juzgada) cuya respuesta està a fol. 383. sin que en todo el discurso deste pleyto se aya tratado de otro punto: y assi auiendo subido a defenderlo con la relacion de la demanda debi proporcionar la defensa solamente a lo que en ella se contenia, siguien-

guiendo el consejo 135. de Federico de Senis, sin salir de sus terminos, que es lo que a el Reo le toca, y en q̃ siempre insiste, pues no puede contener la sentencia mas de lo que se pide en la demãda que se declare.

58 Nam sententia debet esse conformis libello, & vltra in eo petita non debet extendi. l. si vt fundus. ff. comm. diuidun. l. vt fundus. ff. familiæ Herciscundę. l. item labeo. §. 1. ff. de excep. rei iudicat. quia lata super non petitis in libello est ipso iure nulla. l. fin. Cod. de fideicomm. libertat. Latè Tuschus littera. S. conclu. 135. Y para nuestro caso es muy en terminos el consejo referido. 135. de Federico de Senis per tot. adonde defendio que vno que en su demãda pidio que se declarasse pertenecerle la mitad de vna heredad pro indiuiso, y probò medietatem fundi pro diuiso ad se expectare, debia ser absuelto el Reo, quia secundùm libellum nihil erat probatum: Y aqui aun cabe mayor razõ para esto, por ser mas diferente lo que aora se pretende en la dicha alegacion, que lo que la demanda contiene, y sobre que no ha auido ningun conocimiento de causa, aunque Doña Catalina Francisco tiene tambien en esto justicia.

59 Y el lugar de Baldo que se alega en el num. 17. para fundar q̃ aunque la Dita no estuuiera cobrada, no se puede dezir estando cedida, que està extante, como no se puede dezir que lo està el fardo vendido aunque se hallàra en casa del cõprador, ad quod benè quod Bald. dicebat in l. instrumenta. 24. n. 5. C. de fideicõmis. Que la Dita no es otra cosa que el instrumento, menos nos puede obstar, porque no alcanço que pruebe esta conclusion, ni que se pueda fundar por Derecho, ni en esta authoridad de Baldo, porque sus palabras literales son las siguientes: *Quæro quid si testator legauit nomen debitoris, respondeo instrumenta originalia tradenda legatario, quia instrumentum & ius debiti quod continetur in ipso, sunt connexa visu & intellectu, vt. ff. de legat. 1. l. seruum filij. §. qui & nota de pactis. l. labeo.* Y las refiero aqui por ser la mejor satisfacion.

60 Y a el cons. de Parisio. 69. 4. p. q̃ se alega en el. n. 17. in fin. y la decis. 19. de Flamin. Cartar. que refiere el consejo de Parisio, y la decision de Afflict. 190. y el lugar del señor Presidente Couarr. dict. cap. 29. y de Estracha, se satisfaze con que para qualquier intento que se aleguen, tan lexos està de que nos obsten, q̃ antes se pueden alegar, y induzir a fauor de Don Francisco y su muger, porque en el caso del consejo de Paulo Parisio, se propusieron dos conclusiones ciertas: La primera, que el acreedor hype-

the-

thecario anterior de rigor de Derecho tiene reuocatoria contra el posterior: La segunda, que la hypotheca del nomen debitoris en fauor del acreedor primero, està y subsiste en el, aunque el deudor comun aya dado y adjudicado in solutum la misma Dita a el acreedor posterior, que es nuestro caso. Y que en la primera proposicion que por equidad celebrina alguna vez se determinò, que ne commercia impedirentur, se denegasse esta reuocatoria, que es el efecto para que alega la decision. 190. de Afflictis comunmente reprobada, y que contra esta disposiciõ de Derecho, y por aquella equidad que indebidamente contra legis dispositionem quiso abraçar el Senado Napolitano, & ne commercia mercatorum impedirentur.

61 En Genoua ay ley, o estatuto municipal que dispone, y manda quod solutio facta per communẽ debitorem posteriori creditori sit valida, & quod reuocari non posit à primo anteriore creditore quando fuit facta in pecunia numerata, vel super Banchis, vel quando fuit facta datio in solutum super mercibus cõmunis debitoris. Y supuesto la disposicion de este estatuto, la question fue, si auiendo sucedido el caso que a el acreedor segundo posterior a quien el deudor comun pagò, dandole in solutũ vnum nomen debitoris, iste casus secundum dispositionem statuti municipalis sit decidendus; y lo que se determinò fue que la disposicion del e tatuto tuuiesse lugar en el, que es lo mesmo que se vino a decidir en la decision de Chartario por razon del estatuto.

62 Hoc supposito, no parece que para ningun intento puede el Abogado de los dichos herederos, valerse de los lugares, siẽdo assi, que para alegarlos auia de assentar que en esta Ciudad ay otro estatuto semejante a el, pues fue en lo que se fundaron, y sobre que escriuieron Chartario, y Parisio, y que es cierto que en todas las demas Ciudades y Reynos donde se obserua el Derecho comun ay contraria disposicion, vt latê probatur ex his quæ tradit Surd. d. con. 436. num. 10. y 11. que es lugar q̃ basta por todos, con los muchos que refiere.

63 Imo magis est, que este consejo de Parisio, y la decision de Chartario aun en los terminos de su estatuto que escriuierõ no es cierta ni verdadera, y justissimamente fue reprobada por todos, como lo conuence muy bien, y defiende el señor Don Iuã del Castillo, d. cap. 61. num. 88. vbi suo more plures congerit, de que se sigue bien, que antes estos lugares hazen en fauor de Doña Catalina Francisco, porque en el de Parisio estante la dispo-

posi

posicion del Derecho comun, se reconoce y confiessa su Derecho. Y en el de Chartario se supone lo mesmo en el num. 3. ibi: *Sed omissa disputatione si iuris rigorem consideremus præfatus magnificus B. primus creditor esset præferendus*, y la razon que dan para las decisiones de quibus in dictis locis es la del estatuto, y esta dexò de ponerla el Abogado de los herederos, en las palabras que refiere de Chartario en el num. 18. in fin. de su alegacion, porque estan deminutas, y sin la razon que Chartario da para la decisiõ dellas que estan en el num. 5. para cuya prueua las refiero fiel y literalmente, ibi: *Neque obstat quod prædicta determinatio loquitur quando est sequuta solutio facta secũdo creditori, & nos sumus in casu in quo solum facta est cessio, sed pecunia nondum exacta est, quoniam vt diximus supra ex quo nomen debitoris datum est insolutum perinde est ac si solutio sequuta esset, & de hoc non est dubitandum, quia dictum statutum hunc casum expressè determinat.*

64 Y vltimamente, aun pondero mas este consejo de Parisio, y decision de Chartario, o fauor de Doña Catalina Francisco, considerado, que demas de que aun en los terminos de sus estatutos son reprobados, y que en el mismo estatuto expressamente se hazia mencion de las pagas hechas al segũdo acreedor en mercaderias, y que Parisio alegô el lugar de Baldo, tantas vezes repetido in d. l. vbi adhuc num. 19. como se puede ver en el num. 3. de su consejo; adhuc estante la disposicion del Derecho comun en lugares tã mercantiles como son, Genoua, y las demas Plaças de Italia, a donde no se ignora la disposicion de la ley cũ tabernam, ni los demas lugares que el Abogado contrario alega que se refieren a estos, y a q̃ se ha satisfecho, el mismo Parisio y Chartario sintieron y confessaron, assentando por conclusion llana que no procedia en las Ditas, siendo assi que en aquellas plaças son tan ordinarias y corrientes como en esta de Seuilla, y confessaron el derecho del acreedor anterior, y la subsistencia de su hypotheca aunque estuuiessen enagenadas, o vendidas, o dadas in solutum, y solo les mouio para la determinacion contraria la razon de su estatuto, y estando reprobados en el caso del, aun corre mayor razon, para que en Seuilla donde no ay semejãte estatuto, se determine en fauor del acreedor anterior, como lo es Doña Catalina Francisco, y se declare no auer lugar la pretension de los dichos herederos, vt speramus. Salva amplissimi Senatus censura.

El Doct. Aluaro Gil.